



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente: Ministro José Antonio Dias Toffoli

Corregedor Nacional de Justiça: Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins

Conselheiros: Ministro Emmanoel Pereira
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Mário Augusto Figueiredo Guerreiro
Rubens de Mendonça Canuto Neto
Candice Lavocat Galvão
Valtécio Ronaldo de Oliveira
Francisco Luciano de Azevedo Frota
Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva
Ivana Farina Navarrete Pena
André Luiz Guimarães Godinho
Marcos Vinícius Rodrigues
Maria Tereza Uille Gomes
Henrique de Almeida Ávila

Secretário-Geral: Carlos Vieira von Adamek

Diretor-Geral: Johaness Eck

Secretaria Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica

Secretário Especial Richard Pae Kim

Juizes Auxiliares Carl Olav Smith
Flávia Moreira Guimarães
Livia Cristina Marques Peres

Revista CNJ / Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

- Vol. 1, n. 1 (2015) – Brasília, CNJ, 2015 –
Semestral

Até o v. 2, 2017, publicada anualmente.
e-ISSN 2525-4502

1. Direito – Periódicos I. Brasil, Conselho Nacional de Justiça.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6, Brasília-DF
CEP: 70070-600
CNPJ: 07.421.906/0001-29

ARTIGOS

Fundamentos econômicos em decisão judicial no sistema brasileiro, repartição e mitigação dos danos, reciprocidade do problema: estudo de caso

Por Marcia Carla Pereira Ribeiro

Genevieve Paim Paganella

Resumo: O artigo analisa um caso judicial no qual se decidiu pela repartição de danos em função da possibilidade de os fumicultores mitigarem e arcarem com a compra de *nobreak*, já que é inevitável a eventual suspensão da energia elétrica. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu com base em custos, repartição dos danos e mitigação, irreparabilidade de dano evitável e crise das fontes. Partindo da fundamentação e dos termos da decisão judicial, o artigo aplica a teoria por Ronald H. Coase para sopesar a utilização do fundamento econômico no Direito brasileiro. A metodologia aplicada envolveu análise teórica e estudo de caso para concluir que a interdisciplinaridade e a análise das consequências dos atos das autoridades do Poder Judiciário, administrativas e de controladoria foram recepcionadas pela LINDIB.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Fundamento jurídico e econômico. Custo. Eficiência. Repartição da responsabilidade.

Abstract: This article aims to analyze a judicial case in which the court determined that tobacco growers and the power company should share the amount of the damages caused by the power outage. To the court, the tobacco growers are also responsible for the mitigation of their own loss, once it was up to them by *nobreaks* to maintain the electric system during the power outage. The court decided based in costs, mitigation and damage sharing, irreparability of avoidable damages and font crisis. In this sense, this article applies Ronald H. Coase's studies to understand the utilization of economy in judicial decisions in Brazilian's law. Through the theoretical analysis and case study it was possible to conclude that the interdisciplinarity and the analysis of the consequences of administrative and controllership decisions was received by the new law of introduction of Brazilian's law (LINDIB).

KEYWORDS: Judicial decision. Legal and economic basis. Cost. Efficiency. Responsibility sharing.

1 Introdução: o caso analisado

O Acórdão de n. 70079236873 da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto, datado de 14 de novembro de 2018¹, é um, dentre vários julgados daquela Câmara, que traz interessante solução jurisprudencial para os casos em que a concessionária de energia elétrica do Estado do Rio Grande do Sul é acionada individualmente por fumicultores para indenizar prejuízos decorrentes das quedas de energia ocorridas, principalmente nas estações mais quentes, as quais coincidem com a fase mais delicada da produção de fumo e com as tempestades que ocasionam a suspensão de energia.

O acórdão narra com clareza o estudo preliminar realizado, para análise da situação, por um núcleo de estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em função dos inúmeros casos judiciais a ele submetidos. O relator destaca que tinha entendimento anterior favorável aos fumicultores, no sentido da responsabilização da concessionária pelas falhas de energia que afetam sua atividade, porém, o fato de não estar totalmente convencido da integral justiça decorrente da conclusão o levou a provocar o Centro de Estudos do Tribunal, inclusive mediante a organização de um painel sobre o tema, em 4 de dezembro de 2015.

O painel contou com a participação de pessoas e entidades diretamente interessadas: engenheiro agrônomo

representante da ABRUPA - Associação dos Fumicultores do Brasil, engenheiro representante da ABRADÉE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica, advogado representante do IDERS - Instituto de Direito e Economia do RGS, advogado representante do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e tinha como objetivo aprofundar a questão e sopesar as opções mais justas para os casos que se avolumam naquele Tribunal².

Chegou-se à conclusão de que as perdas de produção do fumo, decorrentes da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem, eram inevitáveis e previsíveis anualmente. Além disso, concluiu-se que a aquisição de geradores de energia que poderiam ser ativados em caso de interrupção da luz eram de valor menor que o prejuízo que decorria desta, de modo que econômica e juridicamente era razoável exigir dos fumicultores a adoção de providências para evitar os danos.

2. Consta no acórdão como objetivos para a realização do estudo dos custos tomando como base: "[...] até que ponto é razoável repassar tais custos para as concessionárias diante da alternativa de se exigir que os fumicultores estejam preparados para tais intempéries, porque seriam previsíveis, já que acontecem todos os anos, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. Quais são os custos de tais providências? Qual a razoabilidade de tal exigência? É justo sempre repassar a outros os riscos inerentes à determinada atividade? É possível exigir-se de quem não pode sofrer interrupção do fornecimento de energia elétrica em sua atividade profissional que esteja preparado para as inevitáveis interrupções? [...] O que a análise econômica do Direito tem a dizer sobre isso? Quais seriam os custos exigidos dos fumicultores? Em caso positivo, de quem se poderiam exigir tais providências? E as indústrias fumageiras teriam o dever de auxiliar os fumicultores na aquisição de tais geradores, se fosse o caso? Essas são as indagações que tentarão ser respondidas pelos painelistas convidados. Do confronto de opiniões e pontos de vista, poderemos melhor enriquecer nossa visão a respeito do tema que a todos nos concerne e também a toda a sociedade, que paga pelo consumo de energia elétrica, pois as indenizações pagas pelas concessionárias invariavelmente convertem-se em custos e são internalizadas no valor das tarifas".

1. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/?aba=jurisprudencia&open=sim&ajax=null>. Acesso em: 16 set. 2019.

Como fundamentos para tal exigência, invocou-se na decisão a doutrina do *duty to mitigate the loss*, que tal como alertado no acórdão, coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio da boa-fé objetiva. A decisão também considerou, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a doutrina do *cheapest cost avoider*, da Fórmula de Hand, do encargo de evitar o próprio dano e da justiça distributiva.

Constatou-se, no estudo realizado anteriormente à decisão, que os custos para instalação de um gerador de energia não são elevados, em torno de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias ajuizadas, cujos valores individuais muitas vezes, como dito no acórdão, superavam R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e algumas vezes chegavam a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Ressaltou a decisão que a doutrina do *duty to mitigate the loss* vem tendo boa acolhida jurisprudencial em nosso país, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, além de ser bastante conhecida no direito comparado, com consagração normativa internacional, ressaltando sua relação com o princípio da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e criação de deveres.

A decisão judicial em pauta também examinou o caso sob a ótica da doutrina do *cheapest cost avoider*, segundo a qual se deve identificar quem pode evitar o dano a um menor custo, a fim de se minimizar perdas e evitar custos. Em razão disso e tendo concluído pela inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, considerou que o cultivador de fumo pode evitar os danos a um custo menor com a aquisição de gerador *nobreak*³.

Invocou-se também a Fórmula de Hand, que permite considerar uma atitude como negligente quando o custo para se evitar o dano é inferior ao valor do potencial prejuízo multiplicado pela probabilidade de que ele venha a ocorrer⁴.

Quanto ao encargo de evitar o próprio dano, a decisão judicial se debruçou sobre os artigos 402, 403 e 945 do Código Civil Brasileiro de 2002⁵ e doutrina, destacando que se a parte não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, pode perder o direito à indenização pelo dano que poderia ter evitado.

A decisão também considerou o princípio da justiça distributiva como fundamento, eis que a questão não poderia ser analisada tão somente do ponto de vista

³ Extrai-se do acórdão como narrativa do estudo preliminar dos custos: "A segunda questão é a questão da alocação desse custo dentro da relação entre o fumicultor e a prestadora de energia elétrica. O que nós poderíamos pensar num primeiro momento e até em termos de análise econômica do Direito? Quem é que poderia internalizar esse custo da maneira mais eficiente, o produtor ou a concessionária prestadora de energia? Quem seria, como diriam os americanos, o *cheapest cost avoider*, aquela pessoa que pode evitar o dano ao menor custo? Num primeiro momento, nós podemos imaginar que seja o próprio produtor. O produtor compra um gerador, um gerador não é assim tão caro, ele internaliza no seu custo e com isso ele faz frente a esse problema".

⁴ Hugo A. Acciari consigna que a Hand Formula se expressa com a seguinte premissa: "Há culpa quando o investimento em prevenção é menor do que os danos esperados" (ACCIARI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 26).

⁵ "Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

"Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

"Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

individual (justiça corretiva), uma vez que necessariamente tem implicações sociais (justiça distributiva). Ponderou o fato de que o repasse dos custos dos danos do fumicultor individual para a concessionária de energia elétrica acaba repercutindo sobre toda a sociedade, já que no regime capitalista custos ou prejuízos são transformados em preço ou tarifa. Destacou que, mais cedo ou mais tarde, o valor das indenizações redundará em aumento da tarifa a ser paga por toda a sociedade. O acórdão destaca que o posicionamento assumido procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores, ao mesmo tempo em que procura demonstrar que, do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fumicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem judicialmente a reparação⁶.

Da análise das teorias e das informações quanto ao custo da prevenção e das indenizações e, ainda, do fato de que é inevitável a suspensão da energia elétrica em algum momento, concluiu o acórdão que havendo interrupção do fornecimento de energia elétrica por tempo inferior a 24 horas ininterruptas, os prejuízos sofridos pelo fumicultor devem ser suportados por ele em 2/3, imputando à concessionária de energia elétrica o restante, 1/3. Nas hipóteses em que a interrupção for por período superior a 24 horas, a responsabilidade é integralmente da concessionária (ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da Câmara), por concluir que nesta hipótese não se afigura possível exigir que os fumicultores estejam preparados para grandes interrupções.

O acórdão ainda registra que o estudo preliminar apresenta uma outra forma de redução do problema: o cabeamento subterrâneo. Porém, em razão do custo elevado de tal investimento, o que faria com que a tarifa fosse multiplicada por 5 a 10 vezes a atual até que houvesse a amortização do investimento, a ideia foi descartada.

Em síntese, a decisão judicial foi embasada, para além dos argumentos jurídicos e legais, no estudo de custos para a solução da questão trazida em litígio, o que está plenamente compatibilizado com algumas das premissas da Análise Econômica do Direito.

Com base na solução trazida, que pode servir de base para aplicação em outros casos judicializados, o presente artigo passa a cotejar seus fundamentos e a Teoria de Coase, a qual, embora não tenha sido citada na decisão, apresenta uma linha de análise que sopesa as escolhas e decisões frente aos custos sociais.

Na sequência, propõe-se uma reflexão sobre outras situações litigiosas no contexto do sistema jurídico brasileiro.

2 Teoria de Coase – custo e eficiência – natureza recíproca do problema

Ronald Harry Coase (1910-2013), Prêmio de Ciências

⁶ Destaca-se da decisão judicial em comento: "Por tudo isso, considerando que somente esta Nona Câmara Cível julga, a cada sessão, cerca de uma dezena de casos semelhantes, cujos valores individuais muitas vezes superam os dez mil reais (alguns casos superam os trinta mil reais), tem-se uma ideia do total da conta que, anualmente, é repassada para as concessionárias. Num segundo momento, tais indenizações transformam-se em custos, são contabilizadas e, cedo ou tarde, internalizadas em forma de elevação da tarifa. E, quando isso acontece – e isso fatalmente acaba acontecendo, seguindo a lógica do regime capitalista –, todos os consumidores são chamados a pagar essa conta".

Econômicas em Memória de Alfred Nobel no ano de 1991, desafiou a concepção econômica defendida até então, mormente a adotada pelos seguidores de Arthur Cecil Pigou (1877-1959 - "The economics of welfare" - 1912) que caracterizava o pensamento predominante à época. Segundo Coase, as regras jurídicas e governamentais não afetam a eficiência na alocação das externalidades, pois as partes irão sempre negociar soluções ótimas economicamente, isso considerando que não haja custos de transação e que os direitos estejam claramente definidos⁷.

Coase sustenta que deve ser observada a natureza recíproca do problema e o que deve ser perseguido na solução dos casos é evitar o prejuízo mais grave. Para isso, os direitos devem estar bem definidos. O contexto da proposta de Coase é o da realização da negociação, ou barganha, num ambiente sem custos de transação⁸.

Em seu artigo "The problem of the social cost", publicado em 1960⁹, Coase cita Pigou como sendo o mentor de uma proposta que vinha sendo tradicionalmente seguida pelos economistas e que tem como base a divergência entre o resultado privado e o social¹⁰. Num exemplo emblemático, cita o caso de uma fábrica emitir fumaça e gerar efeitos prejudiciais às propriedades vizinhas. Para Pigou, seria desejável que o dono da fábrica fosse responsabilizado pelos prejuízos. Outra solução trazida por Pigou seria a imposição do dever de pagamento de tributo que variasse de acordo com a quantidade de fumaça produzida e fosse equivalente ao prejuízo causado, ou ainda, a remoção da fábrica da área na qual se encontra instalada.

Coase, ao invés, sustenta que as propostas podem ser inapropriadas, eis que nem sempre conduzem aos resultados desejáveis. Em sua teoria, é quebrado o paradigma segundo o qual o causador da fumaça seria sempre e simplesmente o único responsável pelo dano. No caso da fábrica, Coase pondera que não havendo a imposição do tributo, poderia haver fumaça em demasia e pessoas nas proximidades em número insuficiente, mas com o tributo poderia haver pouca fumaça e pessoas em demasia e não haveria razão para supor que um desses resultados seria necessariamente preferível ao outro.

Coase considera que muito embora o problema exista porque existe a fábrica, também decorre da existência das propriedades vizinhas. O problema, portanto, não ocorre tão somente em função de um único causador. Considerando-se a natureza recíproca do problema, assevera que não se pode simplesmente entender que as soluções dadas por Pigou e seus seguidores seriam as mais corretas, o que representa uma quebra do paradigma existente.

Para o economista, independentemente da solução judicial atribuída aos casos que analisa no artigo, a questão

⁷ COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. (Coleção Paulo Bonavides).

⁸ Custos de transação são os custos de negociação envolvidos em contratos ou negócios, que envolvem desde os custos de identificação daquele com quem contratar, até os custos de elaboração de contratos/documentos e de sua efetivação, na hipótese de descumprimento. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 125.

⁹ COASE, Ronald Harry. *Op. cit.*

¹⁰ "O produto privado é o valor do produto adicional que resulta de uma determinada atividade de uma empresa. O produto social é igual ao produto privado menos a queda do valor da produção em outro local, pela qual a empresa não paga indenização". *Ibidem*, p. 148.

relevante a ser considerada é evitar o prejuízo mais grave. No exemplo da fábrica e das propriedades vizinhas, ressalta que realocar as famílias é muito mais oneroso do que cuidar para que a fumaça seja restringida ou melhorada, o que induz a que a melhor solução seja esta última. Independentemente da definição de qual direito deve prevalecer – se da fábrica ao exercício de sua atividade ou dos moradores a não serem incomodados pela fumaça – o importante é que a solução, no caso analisado, restrinja a fumaça por ser a opção menos custosa. A conclusão poderia conduzir até mesmo à possibilidade de as famílias pagarem pelo sistema de redução da fumaça, hipoteticamente.

O dono da fábrica não será sempre a quem caberá o dever de indenizar, pagar tributo ou deslocar seu empreendimento.

No mesmo artigo, Coase exemplifica a questão da reciprocidade do problema no caso do gado que compromete a plantação do imóvel lindeiro, do ruído envolvendo o confeitiro e o médico (Sturges e Bridgman), do sulfato da chaminé da instalação vizinha que suja a tecelagem de tapetes (Cooke e Forbes), da parede mais alta construída mais recentemente que fazia com que a fumaça que emergia da chaminé da residência contígua voltasse (Bryant e Lefever), do acesso à cervejaria pelo jardim do dono de chalés (Bass e Gregory). Em todos os casos analisados, propõe que os problemas sejam analisados sob a ótica de se evitar o prejuízo mais grave (solução ótima economicamente). Coase ressalta que "se vamos discutir o problema em termos denexo de causalidade, ambas as partes são responsáveis pelos danos"¹¹.

Na hipótese em que o custo de negociação inviabilize a barganha, a solução estatal deverá ser considerada só e somente só quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la. Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção, mas os custos podem torná-lo intangível.

Para exemplificar a abordagem, registra outro caso, o da ferrovia e os danos provocados nas plantações lindeiras, no qual ele questiona se a questão deve ser resolvida pela regulação governamental direta ou pela barganha. O autor considera que não há razão alguma para supor que a regulamentação governamental seja sempre a mais indicada.

No caso da ferrovia que solta faíscas que queimam a plantação lindeira, destaca Coase que ambas as partes têm responsabilidade, uma vez que o dano não ocorre tão somente pela existência da ferrovia, mas também pela existência da plantação exatamente naquele local. Ambas dão causa ao prejuízo. Aqui também sustenta que, independentemente da solução a ser dada à causa judicial, ela sempre deverá se basear no menor prejuízo.

Neste caso da ferrovia, não se pode descartar a causalidade das duas circunstâncias frente ao dano. Por outro lado, na hipótese de ser ela condenada a ressarcir os proprietários das plantações, o valor da indenização será repassado nas tarifas, produzindo efeitos perante todos os usuários. Não se desconsidera também que o próprio proprietário da fazenda e da plantação é beneficiário da ferrovia, escoando sua produção por ali e também pagando as tarifas.

¹¹ *Ibidem*, p. 112.

Preconiza o autor:

*O problema que enfrentamos ao lidar com atos que tenham efeitos nocivos não é simplesmente coibir os responsáveis. O que precisa ser decidido é se o ganho obtido em impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outra parte como resultado da interrupção do ato que produziu o dano*¹².

No caso do julgado do Rio Grande do Sul, a decisão sopesou o fato de que era possível aos fumicultores mitigar seu prejuízo. Os custos apontaram, sem sombra de dúvida, que valia a pena, para ambas as partes e para a sociedade como um todo, que se decidisse pela obrigação daqueles em adquirir o *nobreak* e evitassem o dano. A decisão avaliou que o custo do eletrônico que evitaria a perda do fumo durante sua secagem era menor que os prejuízos que a queda de energia elétrica podia causar. Além disso, considerou que na economia capitalista, sendo imputada a responsabilidade integral do dano à concessionária de energia elétrica, o valor da indenização certamente seria repassado para toda a sociedade que paga as tarifas de energia elétrica. Assim, tal como no exemplo da ferrovia, neste caso do julgado gaúcho vê-se o sopesamento do custo social.

Coase destaca no artigo "The problem of the social cost": "ao projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos vislumbrar o efeito total"¹³, asseverando que é esta a mudança de abordagem que defende. Ou seja, o autor sustenta a necessidade de uma visão do menor prejuízo para todos, independentemente de quem for o responsável pelo dano, questão levada em consideração no julgado gaúcho em análise.

Mackaay e Rousseau esclarecem sobre o Teoria de Coase:

*Na medida em que a solução preventiva à disposição do autor de um dano for menos onerosa do que as perdas impostas pela falta dessa prevenção, o autor poderia ser considerado, em termos jurídicos, culpado por não ter prevenido, e, será, pois, condenado a pagar os danos. Isso lhe dá, bem como a outros na mesma situação, incentivo para prevenir*¹⁴.

3 Uma análise sobre a utilização do fundamento econômico no direito brasileiro

Tomando-se novamente como base o caso da concessionária x fumicultores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adentra-se na análise da utilização do fundamento econômico para a decisão judicial no Brasil. Em função de que o estudo da análise econômica do direito tem aumentado na doutrina e surgem julgados com base em seus fundamentos, tal como sobre o que se debruça neste trabalho, pretende-se neste tópico do presente artigo perquirir sobre os fundamentos de legitimação para sua aplicação para os entes públicos e também privados, tomando-se por base o ordenamento jurídico brasileiro.

O relator do acórdão de início reconhece que "é altamente controversa a afirmação de que a vítima, especialmente quando consumidora, deve adotar medidas para evitar

ou minorar prejuízos que possam vir a ser causados pelo outro contratante ou por terceiros". Adentrando no mundo normativo, registra a consideração de que "o Direito não é uma ciência pura e isolada, devendo, ao contrário, interagir com as demais ciências, humanas ou econômicas". Destaca que além disso o Direito não se resume à lei, e, citando Clóvis do Couto e Silva¹⁵, ressalta que esta é apenas uma das suas fontes, sendo possível invocar "para a resolução de problemas jurídicos entendimentos doutrinários e orientações jurisprudenciais conhecidos no direito comparado, desde que sejam compatíveis com a estrutura do direito pátrio".

A partir daí o relator adentra nas doutrinas que são mencionadas no início do presente artigo, bem como discorre sobre algumas normas estrangeiras (alemã, italiana, portuguesa, suíça), além da Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias, da qual o Brasil é signatário. No Direito Brasileiro, toma por base os artigos 402, 403 e 945 do Código Civil de 2002 como dispositivos legais nacionais que seguiriam na mesma direção.

Neste passo, pretende-se, com a abertura dada pelo relator no sentido da crise das fontes mencionadas por Couto e Silva, refletir a respeito da análise econômica do direito como fundamento de decisões judiciais brasileiras. Não como a única ou a mais perfeita forma de dirimir litígios, mas como uma proposta de enfrentamento frente às bases do ordenamento jurídico brasileiro e identificação dos fundamentos para a sua utilização nas decisões judiciais brasileiras.

Coase preconiza que independentemente de quem seja a responsabilidade, deve-se garantir que a solução seja a que acarrete o menor prejuízo. A solução possível é o *nobreak* e não o cabeamento subterrâneo, no exemplo. Não há dúvida de que a resolução é inteligentemente posta e reside no caráter prático da solução dos casos: independentemente de quem seja o responsável (inclusive podem ser ambas as partes), deve-se ter o foco no menor custo para todos, levando-se em consideração o efeito potencial total da decisão.

George Stigler denominou de "Teoria de Coase" a premissa de que "numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade do bem", nas palavras de Vinícius Klein¹⁶. Logo, a configuração legal específica e prévia pode não trazer a solução mais eficiente.

Hugo A. Acciarri comenta que "a contribuição de Coase foi o ponto de partida para análises mais refinadas sobre o efeito que as diferentes regras de responsabilidade têm sobre o comportamento humano em relação ao objetivo de eficiência econômica"¹⁷.

Voltando-se a reflexão ao direito posto, o artigo 186 do Código Civil de 2002 determina que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

¹² Ibidem, p. 131.

¹³ Ibidem, p. 155.

¹⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 210.

¹⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 67.

¹⁷ ACCIARRI, Hugo A. *Op. cit.*, p. 32.

Considerar que cada parte tem sua responsabilidade pelo fato é efetivamente uma quebra de paradigma por se afastar da interpretação comumente atribuída ao citado dispositivo legal no Brasil, interpretação na linha defendida por Pigou. A ênfase está no sentido de considerar responsável o agente causador primário. Embora, se decida, por vezes, pela corresponsabilidade, não se trata do princípio da causalidade ressaltado por Coase. Fala-se em culpa concorrente, mas não em concausas – no sentido adotado no Direito Penal, ou seja, aquelas que, deixando de existir, acarretam a inocorrência do fato punível.

De outra banda, o relator do acórdão rio-grandense expôs: “a lei é apenas uma das fontes” e adentra em doutrinas estrangeiras, ressaltando, como dito, que podem ser adotadas, desde que coerentes com nosso ordenamento jurídico. Da mesma forma, a Teoria de Coase (no que tange principalmente à reciprocidade do problema) também pode ser considerada.

O artigo “The problem of the social cost” sugere, tal como ressaltado por Richard Posner, que:

os juízes do sistema da Common Law foram mais rápidos em reconhecer o caráter recíproco da poluição, ou seja, o sentido em que a poluição é ‘causada’ tanto pela vítima quanto pelo poluidor, embora a melhor maneira de abordar a questão seja esquecer a causalidade e simplesmente perguntar qual das partes de uma interação danosa deve ser levada a mudar de comportamento (é claro que a resposta poderia ser ambas as partes)¹⁸.

Coase trabalhou sua teoria tendo como base a *Common Law*, era inglês e residia nos Estados Unidos. Mas como advertido pelo relator gaúcho, mesmo em países integrantes da tradição romano-germânica, tal como o Brasil, a lei é “apenas uma das fontes, embora a mais importante, do Direito, mas com ele não se confunde”.

Guido Calabresi, Juiz de um Tribunal Federal de Apelações dos Estados Unidos e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, e sua obra “The costs of accidents. A legal and economic analysis” (1970)¹⁹ são mencionados no acórdão rio-grandense. Calabresi expôs “ideias parcialmente convergentes e de importância equivalente para o assunto” em relação à teoria de Coase nos dizeres de Hugo A. Acciari²⁰ leciona que o objetivo principal do direito da responsabilidade civil é primariamente reduzir os acidentes e secundariamente reduzir a soma dos custos dos acidentes, mais o custo de evitá-los. Ressalta, porém, que o objetivo não pode ser simplesmente atribuir a responsabilidade a quem pode evitar o dano a um custo inferior, pois outros fatores devem ser também levados em consideração.

Calabresi é citado por Rachel Sztajn na obra de Mackaay e Rousseau por oferecer regra simplificadora para a busca da melhor relação entre custos de prevenção e custos administrativos. Os mencionados autores expõem que Calabresi sugere:

sendo custoso identificar a pessoa que melhor

possa minimizar os custos de certo tipo de acidentes, contentemo-nos com tornar responsável, se pudermos identificar com facilidade, uma classe de pessoas que podem influenciar, profundamente, tais custos sem que sejam, necessariamente, as mais bem colocadas para evitá-los²¹.

O relator do acórdão rio-grandense, quando discorre sobre a doutrina do *duty to mitigate the loss*, ressaltou o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil de proposição da Professora Vera Maria Jacob de Fradera: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei n. 13.655/2018, trouxe regras que publicizaram a interdisciplinaridade, nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto²². A alteração legislativa enfatiza os aspectos práticos das decisões, ou seja, traz um fundamento consequencialista. É possível refletir agora se a atenção às consequências práticas também deve ser aplicada nos casos judiciais que envolvam apenas particulares.

Os autores citados afirmam a necessidade de se pensar meios e modos de superar a dispersão entre os vários ramos jurídicos mediante diálogo das fontes, de forma a se atingir a integridade concreta do sistema jurídico. Também ressaltam que os administrativistas frisam que “a nova lei busca instaurar um modelo normativo que prestigia o consequencialismo e valoriza a previsibilidade”²³, embora expressem sua discordância com esta conclusão.

Ressaltam que, pelo teor do artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil/2015, nas decisões judiciais devem ser fundamentadas e explicitadas as razões para se afastar súmula, jurisprudência ou precedente e não podem empregar conceitos jurídicos indeterminados ou se limitar à indicação de ato normativo, por exemplo.

O art. 20 da LINDB determina:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A redação atribuída ao art. 29 da LINDIB, ao mesmo tempo em que se reveste da condição de uma norma jurídica vigente, reforça o dever das autoridades, ao se valerem de valores jurídicos, considerarem também as consequências práticas da decisão, inclusive mediante a consideração da necessidade e da adequação da medida imposta em relação às alternativas disponíveis.

A reforma legislativa traz para a materialidade do Direito a possibilidade de, sob determinadas condições, o juiz, como fez o relator do acórdão analisado no presente artigo, levar em consideração aspectos técnicos e econômicos, uma análise econômica do direito, de forma a promover o sopesamento do efeito total da decisão, tal como pregado por Coase.

¹⁸ POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 436.

¹⁹ CALABRESI, Guido. *The costs of accidents. A legal and economics analysis*. Londres: Yale University Press, 1970.

²⁰ ACCIARI, Hugo A. *Op. cit.*, 33.

4 Considerações finais

Com base em estudo de caso, o artigo procura fazer uma digressão sobre a possibilidade de uma decisão judicial brasileira levar em consideração os custos na forma, como preconizado por Coase. Alertar-se para a reciprocidade do problema é um passo interessantíssimo para uma nova visão da responsabilidade civil.

A influência da visão econômica sobre determinado caso judicializado pode causar estranheza à primeira vista aos juristas brasileiros, eis que, tal como os economistas acostumados à Pigou, na doutrina civilista prepondera a visão da responsabilidade do causador da lesão. Em sua teoria, Coase, apesar de tomar por base os custos, na parte em que desenvolve o pensamento sobre a reciprocidade do problema, traz uma quebra de paradigma que vai além da questão econômica. Faz pensar para além do pensamento dominante sobre a responsabilidade e as relações.

O pensamento de Coase influencia de forma importante o Direito, ainda que o economista não tivesse tal pretensão, abrindo as portas para novas possibilidades de pensá-lo, especialmente no campo da responsabilidade civil.

O acórdão no qual se baseou este artigo é igualmente instigante, eis que considerou a possibilidade de o demandante arcar com o custo de minimizar seus prejuízos, oferecendo uma reflexão sobre o custo social que o deferimento da pretensão causaria à toda a comunidade. A decisão não se restringiu à letra pura da lei na análise da causa posta em julgamento, avaliando aspectos que ultrapassam as abordagens mais tradicionais.

Por meio da abordagem da fonte que embasaria a aplicação da análise econômica no direito pátrio, o artigo parte da doutrina enfrentada no próprio acórdão para questionar a possibilidade de uma ampliação da interpretação do artigo 186 do Código Civil/2002 (base da responsabilidade civil no Brasil) a partir da visão recíproca do problema trazida por Coase.

Considerou-se, ainda, a abertura legal dada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei n. 13.655/2018 ao expressamente trazer o consequencialismo como princípio a ser contemplado pelas autoridades administrativas, do Poder Judiciário e de controladoria. Uma visão consequencialista é uma oportunidade para a ponderação dos atos de autoridade sob a ótica do possível e da eficiência, sem qualquer desprestígio aos fundamentos jurídicos, como aqueles sopesados no acórdão estudado.

Referências

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professora titular de direito societário (PUC/PR), graduação, mestrado e doutorado; professora associada de direito empresarial (UFPR), graduação, mestrado e doutorado; pós-doutorado pela FGVs e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pesquisadora conv. (Université de Montréal – CA); advogada. Artigo elaborado no âmbito de pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

Genevieve Paim Paganella

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. Mestranda. Juíza de Direito.

Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents**. A legal and economics analysis. Londres: Yale University Press, 1970.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. (Coleção Paulo Bonavides).

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe de Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume único**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

GICO Jr., Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: Direito e economia no Brasil. Organizador Luciano Benetti Tim. São Paulo: Atlas, 2012.

KLEIN, Vinícius; GRANDO, Guilherme. **Os argumentos econômicos na argumentação judicial**. In: Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, p. 141-145, 2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Trad. Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **An economic approach to the law of evidence**. 1999.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012.